

GRASSINEAU Benjamin

Date de création : 01.09.2004
Date de dépôt : 25.06.2005
Niveau : BAC + 6

John Searle. la construction de la réalité sociale

John R. Searle

La construction de la réalité sociale.
(Éditions Gallimard, 1998)

The Construction of Social reality
(Editions Free Press, New York, 1995)

Introduction

Né en 1932 à Denver dans le Colorado, John R. Searle enseigne actuellement la philosophie de l'esprit et du langage à l'université de Berkeley (Californie). Bien qu'il ait dirigé ses recherches dans des directions très variées (langage, intentionnalité, esprit, sciences sociales...), ses travaux se rattachent tous explicitement à un même courant, dont il est considéré par beaucoup comme l'un des principaux représentants : celui de la philosophie analytique anglo-saxonne. On trouve dans cette branche de la philosophie des auteurs comme John Austin (1911-1960) initiateur de la pragmatique en linguistique et G. E. M. Anscombe qui a développée la philosophie de l'action. Sans entrer dans les détails, on peut dire pour mieux se repérer, que la philosophie analytique est un courant qui de distingue par une méthodologie spécifique. Elle privilégie des décompositions analytiques des problèmes en concepts simples et facilement intelligible qui s'appuient sur des exemples clairs, accessibles à tous, et souvent issus de la vie courante. Au milieu d'une constellation d'acteurs, John R. Searle apparaît comme l'un des auteurs majeurs du fait de sa capacité à synthétiser des travaux antérieurs et à les prolonger en les appliquant à différents domaines, et notamment, aux faits sociaux.

Ce livre, rédigé en 1995, est, comme l'on peut s'en douter à la vue du titre, une attaque en règle contre un courant de philosophie et de sociologie qui a pris dans les années 80 et 90 une ampleur croissante : le constructivisme. Ce courant, dont les origines sont très anciennes, prend naissance, sous sa « forme actuelle », au cours des années 60 et 70, avec des ouvrages phares comme « *La construction sociale de la réalité* » (1967), de Peter Berger et Thomas Luckmann. Avec ce titre, John R. Searle entend donc prendre fermement position dans le débat qui oppose les partisans du constructivisme et ses adversaires. Débat qui aujourd'hui encore, je pense qu'il n'est pas inutile de le mentionner, anime vivement le champ intellectuel aux États-unis. Mais comment Searle va-t-il s'y prendre pour appuyer sa position ? Sa stratégie est la suivante, il va tenter de défendre une position réaliste tout en concédant volontiers aux constructivistes le caractère construit de la réalité sociale. Il inverse alors leur raisonnement : il prend appui sur le « Réel » pour expliquer, à l'aide d'un enchaînement logique de propositions qui reposent sur une classification rigoureuse des *faits* qui composent le monde, l'émergence, le maintien, et l'évolution de la réalité sociale, et notamment, de la réalité sociale institutionnalisée.

Les pierres de la construction du social

Le point de départ de la philosophie de Searle n'est donc pas la connaissance, la pensée, mais *le* monde physique, *le* monde (unique) composé de particules, de champs de force et de matière. Dès lors, partant de cette conception réaliste, sa question est la suivante : comment passe-t-on d'un monde physique à un monde de conscience, d'intentionnalité, et à un monde social ? Ce qui au passage implique une autre question : comment ce monde de phénomènes mentaux s'ajuste-t-il à la réalité physique ? Comme nous pouvons le constater, ces questions sous-tendent une position

épistémologique réaliste. John R. Searle va tenter de la défendre vers la fin de l'ouvrage, mais dans le début de l'ouvrage, il cherche à répondre à la question centrale qui conditionne toute sa démonstration : comment la réalité physique peut-elle engendrer une réalité sociale objective ?

Pour y répondre, il remarque le point suivant : dans le monde réel, il y a des faits qui n'existent que parce que nous y croyons, ils n'existent que du fait de l'accord entre le hommes. On peut donc opérer une première distinction en affirmant que le monde se compose :

- *Des faits institutionnels*(l'argent, les matchs de foot, les jeux d'échecs,...) qui ont besoin d'institutions humaines pour exister, ils ne peuvent exister en dehors de celles-ci.
- *Des faits bruts* qui existent quelque soit notre intention à leur égard. Leur existence ne dépend pas des institutions humaines. En outre, remarque Searle, si il est vrai que pour énoncer un fait brut l'institution du langage soit requise, cela ne change rien au fait que l'énoncé doive être distingué de ce qu'il vise.

Les questions que pose Searle à partir de cette distinction sont les suivantes : Comment les faits institutionnels sont-ils possibles ? Quelle est leur structure ? Et, questions intermédiaires : comment la croyance en quelque chose peut-elle engendrer ce quelque chose ? Ce qui revient indirectement à se demander quel rôle va jouer le langage dans la construction des faits sociaux.

Pour essayer de clarifier cette problématique, Searle prend appui sur une caractéristique centrale de la réalité sociale, elles est dotée d'une *structure invisible*. Constamment, nous vivons dans un monde où cette structure paraît acquise, déjà là (ainsi, la scène d'un serveur qui nous sert un verre est rendue possible par une vaste structure sociale sous-jacente). Cette complexité de la structure ne nous touche pas, nous ne la voyons pas. Par exemple, nous envisageons les objets selon leur fonctionnalité et leur intelligibilité, et celles-ci nous semblent naturelles; il nous est très difficile de percevoir les objets en dehors d'elles. Pour analyser cette structure, Searle, tout en rejetant les approches phénoménologiques (le fait ne contient pas de structure complexe si on l'observe naïvement), béhavioristes (on ne tient pas compte de la structure sous-jacente en observant un comportement isolé) et cognitivistes (le comportement ne découle pas de règles ou de calculs inconscients), part d'une ontologie fondamentale : nous vivons dans un monde physique de champ de forces, de particules qui s'organisent en systèmes dont certains produisent la conscience. Cette conscience produit l'intentionnalité, c'est à dire la capacité de l'esprit à se représenter des choses. Comment à partir de cette ontologie rendre compte de l'existence des faits sociaux ?
Il faut pour clarifier cette question, effectuer au préalable quelques distinctions qui vont s'avérer primordiales dans la suite de la démonstration :

- Tout d'abord, il faut distinguer ce qui est *objectif* et ce qui est *subjectif*. On peut le faire dans le sens *épistémique*, c'est à dire que la vérité d'une proposition ne peut être établie *objectivement* (« ex : ce tableau est beau »), ou dans le sens *ontologique*, par exemple, les douleurs sont des entités subjectives dépendant pour leur existence des sentiments d'un sujet, tandis que le Mont Everest est indépendant de tout sujet percevant, c'est une entité objective.
- Il faut ensuite distinguer les caractéristiques *intrinsèques* d'un objet qui existent indépendamment de l'attitude que nous avons à leur égard, et les caractéristiques extrinsèques qui existent relativement à l'intentionnalité des observateurs ou des utilisateurs. Searle admet que cette séparation n'est parfois pas évidente à établir.
- Searle spécifie un type particulier d'intentionnalité : *l'assignation de fonction*. Cette assignation est dirigée autant vers des phénomènes naturels que vers des phénomènes construits socialement. Mais il faut remarquer que l'assignation de fonction implique que celles-ci soient toujours relatives à l'observateur. En effet, bien que la nature ignore les fonctions (postulat darwinien), nous sommes amenés en observant certains faits, à leur assigner presque inconsciemment une fonction suivant un système de valeurs. Nous découvrons dans cet élan des processus de nature

causale ou doté d'une téléologie (des buts). Searle distingue alors deux fonctions : les *fonctions agentives* qui dépendent de l'utilisation qui en est faite, et les *fonctions non-agentives* qui dépendent de phénomènes naturels.

- A l'intérieur de la classe des fonctions agentives, il existe une sous-classe particulière, celle qui a pour but de représenter, c'est *le symbole* ou la signification. Searle note qu'ils peuvent être imposés inconsciemment.
- Il faut également distinguer *l'intentionnalité individuelle* de *l'intentionnalité collective*. Par intentionnalité collective, Searle comprend les comportements de coopération et la mise en commun d'états intentionnels. Pour lui « l'élément décisif dans l'intentionnalité collective est le sentiment que l'on a de faire (vouloir, croire, etc.) quelque chose ensemble, et l'intentionnalité individuelle que chacun peut avoir est dérivée de l'intentionnalité collective que l'on partage. Ainsi pour revenir à l'exemple du match de football, j'ai bien (...) l'intention à titre individuel de bloquer la défense, mais je n'ai cette intention que dans le contexte plus général de notre intentions collective d'exécuter une passe. » (Searle, 1998, p 42). Remarquons que Searle renonce à expliquer l'existence de l'intentionnalité collective par une cause ultime car il la conçoit essentiellement comme un phénomène primitif, qui plonge ses racines dans un long processus de sélection naturelle biologique.
- La dernière distinction d'importance qu'il opère est celle entre *règles constitutives* et *règles régulatives*. Cette séparation exprime le fait que les règles constitutives créent la possibilités de certaines activités, elles permettent par exemple à certains jeux d'exister. Elles sont généralement de la forme suivante : « X est compté comme un Y dans le contexte C » (ex : un coup est compté comme échec et mat dans le cadre d'une partie normale). À l'inverse, les règles régulatives règlent des activités qui auraient pu exister auparavant sans elles.

La théorie des faits institutionnels

La constitution des faits institutionnels

À partir de ces outils conceptuels, Searle entreprend de montrer la thèse suivante : *les faits institutionnels n'existent qu'à l'intérieur de systèmes de règles constitutives*. Pour en démontrer le bien-fondé, il entreprend en premier lieu d'expliquer comment les faits institutionnels se créent, et comment la structure logique des faits institutionnels se développe à partir des formes plus simples de faits sociaux. Cela suppose que soient identifiées au préalable six caractéristiques manifestes de la réalité sociale :

- *La sui-référentialité des concepts qui désigne les faits sociaux*. Cette caractéristique renvoie au fait que pour qu'un type de chose satisfasse à la définition d'un concept, il faut qu'on croit à sa définition ou qu'on l'utilise ou qu'on le considère, comme satisfaisant à cette définition. Par exemple, si personne ne pense qu'un billet est de l'argent, alors ce n'en est pas, il faut que tout le monde pense en permanence que c'est de l'argent. Il faut cependant distinguer à cet égard le type du token (exemplaire, singulier,...). Par exemple, un billet est un type, mais un faux billet en circulation est un token. Pourtant tout le monde le considère comme de l'argent. L'important est donc que le type de chose intervienne dans la croyance constitutive du fait institutionnel. Mais dans certains phénomènes institutionnels, tels que les soirées mondaines ou les oeuvres d'art, ce mécanisme s'applique à chaque token individuel, puisque « pour les faits sociaux, l'attitude que nous adoptons à l'égard du phénomène est en en partie constitutive de celui-ci. », (Searle, 1998, p 52).
- *L'utilisation des énonciations performatives dans la création des faits institutionnels*. Certains faits institutionnels peuvent être créés par des énonciations performatives explicites, c'est à dire par des déclarations du genre « La séance est ouverte ». L'état des choses représenté par le contenu propositionnel d'un acte de langage naît dans cet acte de langage.
- *La priorité logique des faits bruts sur les faits institutionnels*. Un fait institutionnel ne peut

exister sans un support physique, malgré les nombreuses formes que celui-ci peut revêtir.

- *Les rapports systématiques entre les faits sociaux*. Un fait institutionnel ne peut exister de façon isolée. Il s'inscrit nécessairement dans un ensemble de relations systématique avec d'autres faits.
- *La primauté des actes sociaux sur les objets sociaux, des processus sur les produits.*Searle rejette ici la réification des objets sociaux. Ceux-ci sont en fait toujours constitués par les actes sociaux. Autrement dit, le processus est premier par rapport au produit.
- *La composante linguistique de nombreux faits institutionnels.* Selon Searle, « seuls les êtres qui disposent d'un langage ou d'un système de représentations qui s'en rapproche plus ou moins, sont à même de créer la plupart (...) des faits institutionnels, parce que *l'élément linguistique semble être partiellement constitutif du fait*. », (Searle, 1998, p 56).

Comment passe-t-on de l'intentionnalité collective aux faits institutionnels ? À partir des concepts introduits précédemment, Searle illustre le mécanisme en prenant l'exemple de l'argent. Remarquant que le contenu de l'intentionnalité collective peut différer de celui de l'intentionnalité individuelle, il montre que l'intentionnalité collective peut engendrer des fonctions agentives, tout comme peut le faire l'intentionnalité individuelle. De ce point de vue, l'imposition collective de fonction, où la fonction ne peut s'accomplir qu'en vertu d'un accord collectif ou d'une acceptation collective, est un élément décisif dans la création des faits institutionnels. Ainsi des éléments physiques acquièrent un statut (la monnaie), et nous sommes généralement en présence de la structure d'assignation suivante : « X est compté comme un Y en C ». L'objet X devant bien sûr remplir certaines propriétés physiques et répondre à certaines contraintes. Pour résumer, « L'application de la règle constitutive introduit donc les caractéristiques suivantes : le terme Y doit assigner un nouveau statut que l'objet n'a pas déjà du seul fait qu'il satisfait au terme X; et il doit y avoir accord collectif, ou du moins acceptation collective, à la fois dans l'imposition de ce statut à la chose désignée par le terme X, et sur la fonction qui va de pair avec ce statut », (Searle, 1998, p 65).

6 points sont alors à retenir :

- L'intentionnalité collective assigne un nouveau statut à un phénomène quand ce statut à une fonction concomitante qui ne peut s'accomplir en vertu des caractéristiques intrinsèques du phénomène en question.
- La forme de l'assignation est du type « X est compté comme un Y en C ».
- Le processus de formation des faits institutionnels peut être inconscient.
- Lorsque l'imposition d'une fonction-statut relève de la politique générale, la formule devient une règle constitutive, elle acquiert un statut normatif.
- Il faut distinguer règles et conventions. Que les objets peuvent fonctionner comme moyen d'échange est une affaire de règles, en revanche la désignation du type d'objets qui remplira cette fonction est une convention.
- Il y a une relation particulière entre l'imposition de ces fonctions-statuts et le langage. Les appellations qui font partie de l'expression Y, telles que l'appellation « argent » sont désormais partiellement constitutive du fait créé.

Il reste toutefois deux questions à élucider : pourquoi y a-t-il des relations systématiques entre les faits institutionnels et pourquoi y a-t-il primauté des actes sociaux sur les objets sociaux ? La première question suggère une réponse assez évidente : les faits institutionnels sont précisément conçus pour être insérés dans des relations systématiques. Par exemple, l'argent sert à gérer des transactions de tout ordre. Quant à la seconde question, Searle y répond en remarquant que les objets sociaux sont créés pour servir de fonctions agentives et ne présentent pas d'autres intérêts. Searle remarque enfin que la priorité du processus sur le produit explique aussi pourquoi les institutions ne s'usent pas à force d'être utilisées et qu'au contraire, chaque utilisation de l'institution constitue en un sens un renouvellement et un renforcement de celles-ci.

Le langage et les faits institutionnels

Pour comprendre la structure des faits institutionnels, Searle tente d'analyser le rapport entre le langage et la réalité sociale. Il suit en cela une tendance qui a connu des développements importants dans la seconde moitié du 20ème siècle, celle qui consiste à considérer que le langage est un des éléments majeurs de la réalité institutionnelle. Searle reprend cette idée lorsqu'il affirme que les faits institutionnels nécessitent l'emploi d'un langage. Mais cette thèse peut aisément être démentie. Il suffit pour cela de remarquer que de nombreux faits sociaux ne requièrent pas l'utilisation du langage. Songeons à cet égard aux sociétés animales pré-linguistiques. D'autre part, une telle thèse pose un problème de circularité. Si toute institution repose sur le langage, sur quoi repose l'institution du langage ? Pour résoudre ce problème, Searle propose deux thèses :

- Une thèse faible, l'antériorité du langage, même primitif, sur les institutions.
- Une thèse forte, les institutions requièrent des éléments linguistiques qui sont des faits au sein de cette institution même.

Il s'attache à défendre la deuxième thèse qui implique la première.
Il distingue pour cela *les faits indépendants du langage* et *les faits dépendants du langage,* ainsi que *les pensées indépendantes du langage* (le désir par exemple) et *les pensées dépendantes du langage* (la terre est ronde). Pour qu'un fait dépende du langage, deux conditions doivent être remplies : les représentations doivent être en partie constitutive du fait, les représentations doivent être dépendantes du langage. La première condition est vérifiée par les faits institutionnels. En effet, les faits institutionnels supposent des croyances communes qui ne sont possibles que par le langage. Le deuxième point est également vérifié, puisqu'il y a une nécessité logique à ce que les faits institutionnels dépendent du langage – les pensées étant naturellement dépendantes de symboles et de mots sans lesquels il serait impossible de penser les faits institutionnels. Si les individus ne peuvent se représenter les faits institutionnels, ceux-ci ne peuvent exister.
Dans une telle perspective, on remarquera que le langage est conçu pour être une catégorie auto-identifiante de faits institutionnels. Le mouvement symbolique requiert des pensées. En fait, avec le langage, nous pouvons traiter l'objet X comme ayant le statut Y par convention. Et faire cela, c'est déjà assigner un statut linguistique, car les objets sont désormais des symboles publics conventionnels de quelque chose qui les dépasse. Les cas où on peut penser que le terme X est auto-identifiant ont les caractéristiques essentiels des mots : on peut leur appliquer la distinction type/token, les éléments Y sont immédiatement reconnaissables, ils sont faciles à penser, et nous voyons qu'ils symbolisent le statut Y par convention. Les représentations créent ainsi le statut institutionnel en le représentant comme existant. Mais pourquoi utilisons-nous des mots pour penser ? C'est par facilité pense Searle, il est plus aisé de penser avec des mots.

Searle fait part dans la suite des autres fonctions que le langage joue dans les faits institutionnels :

- Le langage est épistémiquement indispensable. Pour reconnaître que quelque chose est de l'argent, par exemple il faut pouvoir le reconnaître comme tel, et nous ne pouvons réduire à la physique cette appellation.
- Les faits en question étant sociaux, ils doivent être communicables. Nous devons par exemple être capables de dire aux gens que nous sommes mariés.
- Le langage est nécessaire pour représenter des situations complexes.
- Les faits se maintiennent à travers le temps, indépendamment de la durée, des besoins et envies des participants à l'institution.

La théorie générale des faits institutionnels.

A partir de ce cadre conceptuel, John R. Searle développe en deux chapitres une théorie générale

des faits institutionnels. Pour cela, il commence par mentionner deux idées importantes :

- La structure « X est compté comme un Y dans C » peut être réitérée. On peut imposer des fonctions-statuts à des entités auxquelles on en a déjà imposé.
- Il peut y avoir des systèmes de structures itérées de ce type, imbriquées les unes dans les autres et fonctionnant à travers le temps.

En d'autres termes, des structures institutionnelles dotées de fonctions-statuts collectivement reconnues permettent par exemple, à l'aide d'indicateurs de statuts, de sortir de la situation physique originelle, tout en maintenant des dispositifs légitimant.

Ce processus fait fort logiquement intervenir le langage. Nous créons un nouveau fait institutionnel, comme le mariage, en utilisant un objet doté d'une fonction déjà existante, une phrase par exemple, dont l'existence elle même est institutionnelle, afin d'accomplir un certain type d'acte de langage, dont l'accomplissement constitue lui-même un autre fait institutionnel.

Il y a une caractéristique assez surprenante des faits institutionnels, ceux-ci sont généralement stables alors qu'ils ne reposent in fine que sur une acceptation collective. Comment cela est-il possible ? Pour Searle, on peut le comprendre en remarquant que la structure des faits institutionnels est une structure de relations de pouvoir. En effet, la création de faits institutionnels revient à imposer de nouveaux statuts et corrélativement, de nouveaux pouvoirs. Par conséquent, la création de faits institutionnels se ramène, in fine à une question de pouvoir.

Toutefois, plusieurs statuts peuvent être imposés aux phénomènes, Searle en distingue 4 :

- Le pouvoir symbolique, la création de signification.
- Le pouvoir déontique, la création des droits et des obligations. Sa raison d'être est de régler les relations entre les gens. Nous distinguerons en première approximation les pouvoirs positifs qui autorise, habilite les gens à faire certaines choses (un diplôme), et les pouvoirs négatifs qui contraignent l'agent à agir.
- L'honneur, le statut pour lui-même. Dans ce cas, les statuts sont valorisés ou dévalorisés pour eux-mêmes, plutôt que par les conséquences qu'ils entraînent.
- Les étapes procédurales sur le chemin du pouvoir et de l'honneur. A l'intérieur des institutions, nous pouvons assigner les stades procéduraux qui permettent d'accéder soit à des droits et des responsabilités, soit à des honneurs ou des disgrâces.

Un seul et même fait institutionnel peut comporter en même temps plusieurs caractéristiques.

Il reste toutefois à comprendre un élément primordial : la structure logique de ce pouvoir conventionnel. Pour ce faire, Searle expose en quelques lignes ce qu'il croît être la forme universelle de la structure intentionnelle des faits institutionnels :

Nous acceptons (S a le pouvoir (S fait A))

Cette structure de base fonde toute forme de fait institutionnel, et c'est sur elle, lorsqu'elle sera itérée selon différentes variantes, que se grefferont les pouvoirs conventionnels.

Mais comment cette structure permet la création et le maintien des faits institutionnels ?

Searle peaufine sa démonstration : c'est l'institution qui permet la création de faits institutionnels à partir de faits sociaux et de faits bruts. Ces institutions sont toujours construites sur des règles constitutives du type « X est compté comme un Y dans le contexte C ». En outre, à l'intérieur de l'institution, il faut distinguer :

- *La création des faits institutionnels.*

On distingue différents cas :
- Les structures institutionnelles peuvent garantir que certaines actions de niveau inférieur soient comptées comme des phénomènes institutionnels. Les jeux et les actes de langage constituent des cas typiques. Par exemple, le geste de déplacement d'un bout de bois sur un échiquier est considéré comme le mouvement de la tour.
- les cas complexes exigent que certains types institutionnels soient créés par des actes dont les accomplissements sont eux-mêmes des faits institutionnels. « Certains faits institutionnels (...) peuvent (...) se produire sans qu'il y ait le moindre acte de langage mais par la simple présence d'un fait social qui se prolonge pendant un certain temps », (Searle, 1998, p 153).

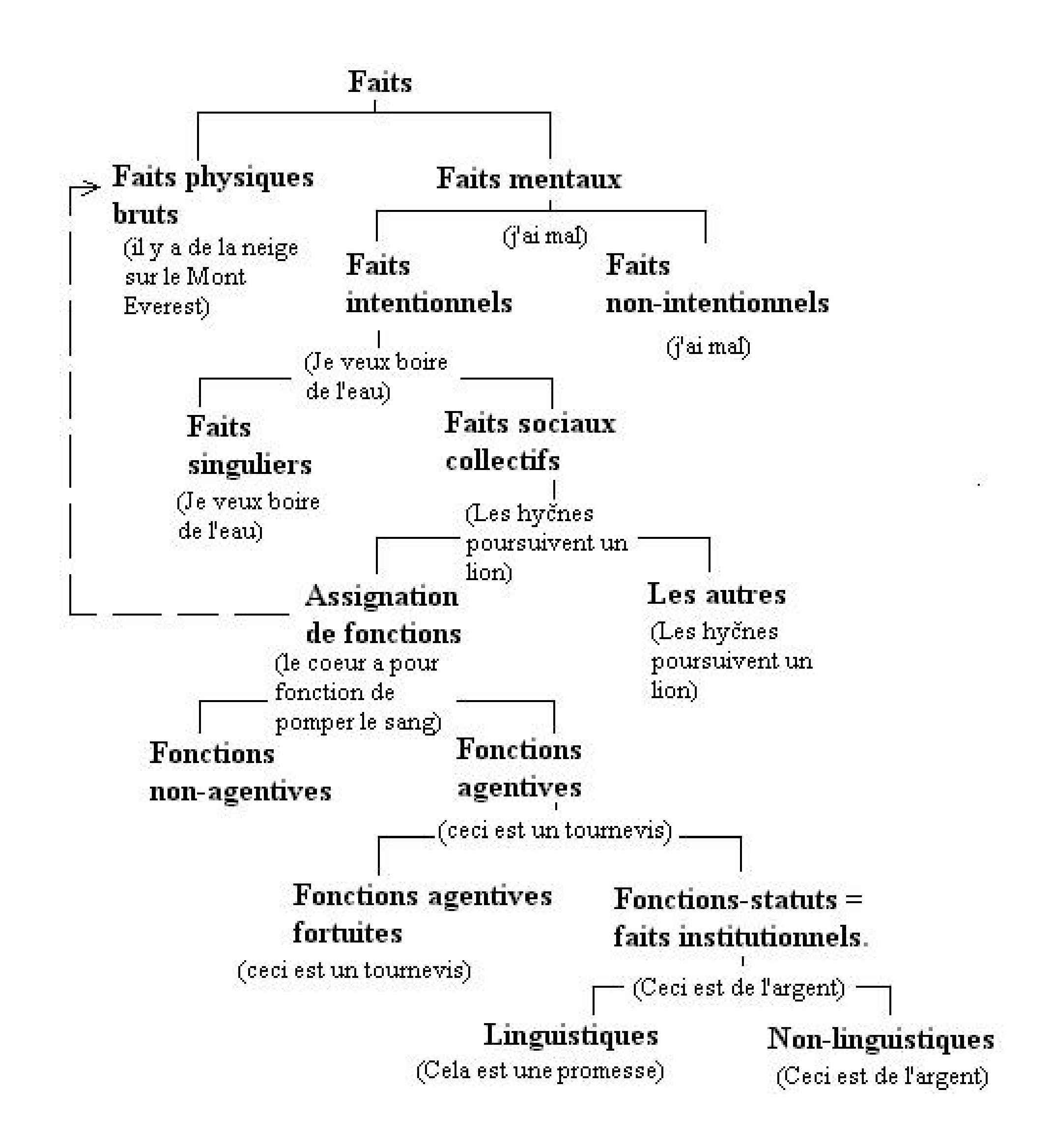
- *L'existence continue des faits institutionnels.*

  Celle-ci suppose que de nombreux individus, qui sont impliqués dans la communauté où le fait institutionnel est reconnu, continuent à reconnaître et à accepter l'existence de tels faits. Pour que la fonction soit accomplie dans la continuité, il est de ce fait nécessaire que l'acceptation se fasse dans la continuité. La preuve en est que lorsque ce principe est affaibli, nous pouvons observer une érosion ou une disparition de certains faits institutionnels. Autre exemple, le pouvoir, malgré ce que nous pourrions croire au premier abord, réside plus dans la croyance et dans l'acceptation collective de fonction-statuts que dans la force physique directe (d'où le rôle dans une perspective marxiste de l'idéologie et de la violence symbolique). Bien souvent, une telle acceptation trouve sa source dans le langage. Ainsi, quand le Général De Gaulle affirma après la défaite militaire de la seconde guerre mondiale, que la France continuait d'exister et que le gouvernement de Pétain était illégitime, il créa de facto la continuité de la nation. Dans les faits, ce genre d'acceptations collectives recquiert donc souvent l'usage de cérémonies officielles qui visent à les renforcer. On voit à ce propos l'importance des énoncés performatifs. Des indépendantistes, en déclarant « Nous voulons être indépendants », tentent de créer simultanément la possibilité du fait institutionnel de leur indépendance (il s'en suit qu'un discours positionné dans le registre de l'utopie peut tendre à légitimer certaines pratiques, ou à en relativiser d'autres).

- *Les indicateurs de statuts*.

  Étant donné que les faits institutionnels n'existent que par l'accord humain, il nécessitent dans bien des cas, des représentations officielles. On peut penser à cet égard à des indicateurs de statut langagiers (un nom, une déclaration...) et physiques (un drapeau, une alliance...). La fonction des indicateurs de statut est avant tout épistémique, ils n'ont pas de rôles, en principe, dans la constitution des faits.

Searle propose une classification hiérarchique des faits à travers un schéma synthétique, je la reproduis ici pour plus de clarté.



John R. Searle, 1998, p 159.

Le rôle de l'arrière-plan dans la constitution des faits institutionnels

Il reste que la théorie des faits institutionnels laisse un point non élucidé : l'imposition de fonctions est loin d'être toujours le fait d'actes, ou d'un ensemble d'actions, délibérés. Au contraire, la création de faits institutionnels est habituellement affaire d'évolution naturelle, elle ne nécessite pas le plus souvent qu'une imposition consciente de fonctions aux phénomènes inférieurs soit réalisée (les faits bruts). Comment alors comprendre le fait troublant qu'on utilise l'objet avant de lui assigner une fonction ?

Le problème devient le suivant : nous supposons dans un premier temps que les règles constitutives déterminent la forme de la structure institutionnelle, mais nous nous apercevons ensuite que les individus ne sont pas réellement conscients de ces règles et ne cherchent pas à les suivre. ils ignorent la plupart du temps la forme que peut revêtir le système des règles qui détermine la structure institutionnelle. Mais alors, quel rôle causal peut bien jouer l'ensemble des règles ? Pour répondre à cette question, on fait généralement appel, dans la linguistique et dans les sciences cognitives à la notion d'*inconscient cognitif.* Cette notion renvoie au fait que nous utilisons des règles du langage sans nous en rendre compte, sans en avoir conscience. Rejetant cette notion, qui lui semble sans fondements (puisqu'elle définit l'inconscient par défaut, en l'opposant à la conscience), Searle tente de répondre à la question en introduisant la notion *d'arrière-plan*[1].

1 Notion qu'il développe dans des ouvrages antérieurs comme « *L'intentionnalité* », Paris, Minuit, 1986.

Le concept d'arrière-plan, dans la terminologie de Searle, se définit comme l'ensemble des capacités non-intentionnelles, ou pré-intentionnelles qui permettent aux états intentionnels de fonctionner. Par « capacité », Searle comprend les aptitudes, les dispositions, les tendances et structures causales en général. Par « permettre », il conçoit une notion causale qui s'appuie sur des structures neuro-physiologiques. Quant aux « états intentionnels », ils se limitent aux formes conscientes de l'intentionnalité. Enfin, le terme « fonctionner » renvoie au fait qu'il existe différents modes de fonctionnement de l'arrière-plan.

L'arrière-plan est donc une structure causale[2]. Et tout état intentionnel ne fonctionne que sur un ensemble d'aptitudes et de dispositions d'arrière-plan qui ne font pas partie du contenu intentionnel et ne sauraient être incluses comme une partie du contenu. De plus, l'arrière-plan a plusieurs fonctions, énumérons-les :

- Il permet l'interprétation linguistique. Ce qui implique que nous interprétons immédiatement et sans effort des phrases de la manière stéréotypique qui convient.
- Il permet l'interprétation perceptuelle. En effet, nous appliquons par exemple en fonction de nos capacités d'arrière-plan des catégories à un stimulus perceptuel brut.
- Il structure la conscience. Notamment en rendant familier notre environnement.
- Il confère à chacun d'entre nous un ensemble de dispositions motivationnelles qui conditionnent la structure de nos expériences.
- Il structure les séquences d'expériences étendues dans le temps sous une forme narrative dramatique.
- L'arrière-plan fait qu'on s'attend plus facilement à ce que certaines choses arrivent

Toutes ces caractéristiques déterminent une causalité d'arrière-plan. Comment opère-t-elle dans la détermination des faits institutionnels ? Remarquons qu'on l'oppose généralement à deux types d'explication en sciences sociales : la causalité mentale et la causalité physique brute. Searle les juge toutes les deux insatisfaisantes pour diverses raisons. À l'inverse, la thèse de l'arrière-plan semble pour lui, y apporter une réponse plus réaliste. Elle considère que l'arrière-plan peut être causalement sensible aux formes spécifiques des règles constitutives sans contenir réellement de croyances, de désirs ou de représentations de ces règles. Elle évite ainsi les problèmes rencontrés par le computationnisme. Elle suppose que nous développons dans une situation donnée des compétences et des aptitudes fonctionnellement équivalentes au système de règles, sans contenir réellement de représentations ou d'intériorisation de ces règles. Dès lors, nous développons des compétences pour réagir à des structures particulières. Ainsi, il y a deux niveaux : le niveau causal, une personne se comporte comme elle le fait car elle possède une structure d'arrière-plan qui la prédispose à se comporter ainsi. Le niveau fonctionnel, elle en est venue à se comporter ainsi car cette manière de se comporter ainsi lui permet de se conformer aux règles de l'institution. Ainsi nous faisons évoluer un ensemble de dispositions sensibles à la structure régulatrice.

La défense du réalisme

La théorie des faits institutionnels de Searle repose sur une distinction entre les faits bruts, indépendants de nous, et les faits institutionnels, qui s'appuient sur des institutions pour exister, et qui sont par conséquent dépendants de nous. En fait, l'utilisation d'une telle classification défend implicitement une position épistémologique dite *réaliste*, selon laquelle il existe une réalité extérieure « indépendante de nos représentations ». Pour comprendre cette position de Searle, il faut tenir compte qu'au moment où il écrit son livre, une grande partie des intellectuels américains et

2 Comme le fait remarquer Searle, cette notion se rapproche plus ou moins de celle de l'habitus.

européens, défendent farouchement la position inverse.Pour ces derniers en effet, non seulement la réalité n'est pas indépendante des représentations humaines, mais ils considèrent de surcroît que les énoncés vrais ne correspondent pas aux faits. Searle rejette radicalement leurs arguments et dans les deux derniers chapitres de son ouvrage, il va essayer de manière assez convaincante de réfuter dans un premier temps leurs arguments (du moins pour être plus exact, les arguments qu'il sélectionne dans la littérature) puis de montrer pourquoi il est préférable d'adhérer au point de vue réaliste.

Searle commence par définir les principaux traits de notre vison du monde contemporaine en les analysant au regard de la division qu'il a établi entre objectivité et subjectivité. Elle se fonde sur les traits structuraux suivants :

- *Le réalisme externe*: le monde existe indépendamment des représentations que nous en avons. Ce qui se rapproche de l'idée qu'il y a une réalité ontologiquement objective (indépendante des esprits), hormis le fait que certains états mentaux sont indépendants des représentations mais pas de l'esprit (comme les douleurs). L'ontologie objective implique logiquement le réalisme externe.
- Les êtres humains disposent de différentes manières liées entre elles d'accéder à des caractéristiques de ce monde et de se les représenter. Cette proposition implique que la subjectivité ontologique nous fournit un accès à l'ensemble de la réalité à laquelle nous avons accès, qu'elle soit ontologiquement subjective ou objective, ou épistémologiquement subjective ou objective.
- Certaines de ces représentations représentent la nature de la réalité. Si elles y parviennent, elles sont vraies, sinon elles sont fausses. Cette proposition définit *la théorie de la vérité-correspondance*.
- Les systèmes de représentations sont des créations humaines arbitraires. C'est la thèse de la *relativité conceptuelle*.
- Les efforts faits par les humains pour parvenir à des représentations vraies de la réalité sont influencées par toute sorte de facteurs.
- Avoir des connaissances, c'est avoir des représentations vraies pour lesquelles nous pouvons donner des justifications ou des confirmations empiriques. Si nous avons une connaissance véritable, nous avons donc l'objectivité épistémique par définition. Et Searle rajoute : « On peut classer naturellement les connaissances selon leur sujet, mais il n'y a pas de sujet appelé « science » ou « connaissance scientifique ». Il n'y a que la connaissance, et la « science »est un nom que nous appliquons à des domaines où la connaissance est devenue systématique, comme en physique et en chimie », (Searle, 1998, p 195).[3]

La première proposition suggère donc que le réalisme est une théorie ontologique fondée sur l'idée que la réalité est indépendante de nos représentations, ou dit autrement que les choses « *sont d'une certaine manière qui est logiquement indépendante de toutes les représentations humaines* », (Searle, 1998, p 200). Cette thèse doit être soigneusement écartée de trois grandes confusions :

- On fait parfois la confusion entre le réalisme et la théorie de la vérité-correspondance. Proposition sans fondements, puisque le réalisme n'implique pas nécessairement la théorie de la vérité-correspondance (on peut se contenter d'affirmer que le monde existe). En revanche, la théorie de la vérité-correspondance implique le réalisme puisqu'elle suppose une réalité auxquelles correspondent les énoncés vrais.
- Certains commettent l'erreur de supposer que le réalisme comporte une composante épistémique. Or Searle montre que ce sont deux problèmes indépendants.
- D'autres supposent que le réalisme implique la théorie selon laquelle il existe un seul et unique vocabulaire qui est le meilleur pour décrire la réalité. Mais il n' y a aucune raison de penser cela,

3 On peut remarquer sur ce point que dans la tradition anglo-saxonne, epistemology désigne la philosophie de la connaissance, alors que dans la tradition française, elle désigne la philosophie des sciences. L'intérêt de la tradition anglo-saxonne est de permettre une étude continue et comparative entre différentes types de connaissances.

le réalisme se contente juste d'affirmer que le monde existe indépendamment de nous.

Dans la suite, Searle démontre la faiblesse des arguments antiréalistes :

- Tout d'abord, la relativité conceptuelle ne contredit pas le réalisme, elle énonce juste que les représentations de la réalité sont relatives à un ensemble de concepts choisis.
- Ensuite il rejette l'argument vérificationniste qui insiste sur le fait que rien n'existe en dehors de l'expérience et de la connaissance ne semble pas contredire le réalisme.
- Enfin, il rejette l'argument de la « Ding an sich », qui repose sur l'idée que même nos expériences de la réalité sont imprégnés des concepts que nous utilisons.

Quels sont les arguments proposés par le réalisme pour appuyer sa thèse. Bien qu'on ne puisse donner une preuve directe du réalisme externe, on peut donner un argument allant en sa faveur : la communication en vue de parvenir à une compréhension normale d'autrui demande que nous présupposions le réalisme externe. Toutefois, à cet argument, on peut toutefois opposer l'argument du solipsisme qui affirme que le monde n'est qu'un rêve, une hallucination, mais alors dans tous les cas, en parlant à l'Autrui imaginaire, nous continuons malgré tout à supposer le réalisme en arrière-plan.

Searle montre donc la pertinence de la thèse réaliste et les faiblesses de la thèse constructiviste. Mais une question demeure, en quoi ce débat entre le réalisme et l'antiréalisme, peut-il s'avérer si important ? N'est-il pas vain ? Chacun restant retranché derrière ses arguments pour mieux attaquer l'autre ? Searle pense précisément le contraire, car les critiques qui sont faites contre l'objectivisme ontologique sont indirectement des critiques adressées contre l'objectivité épistémique, et donc la rationalité, la vérité et l'intelligence dans le débat intellectuel contemporain. Réaffirmer le réalisme en montrant que de vastes domaines du langage le présupposent, revient donc à lutter contre l'irrationalisme.

Dans le dernier chapitre, Searle défend la thèse de la vérité-correspondance. Celle-ci en effet vient appuyer son analyse des faits institutionnels. Car le tableau d'ensemble qui va du réalisme externe à la structure sociale demande que s'intercale une théorie qui affirme la véracité des faits, c'est à dire une théorie épistémologique stipulant qu'à un énoncé vrai correspond un fait.

Conclusion

A quelle conclusion parvient Searle à la fin de l'ouvrage ? Selon lui, *il importe d'abandonner l'opposition traditionnelle entre culture et biologie*. Des cultures différentes sont autant de formes sous lesquelles une infrastructure biologique peut se manifester. Si bien qu'entre la biologie et la réalité sociale viennent s'interposer tout un domaine de conscience, d'intentionnalité et de faits mentaux dont il nous faudra un jour percer les mystères.

Licences Creative Commons

Quelle est la qualification juridique des documents-type Creative Commons ?

Les documents Creative Commons sont des contrats-type qui permettent à l'auteur de **communiquer au public** les conditions d'utilisation de son œuvre.
Ce sont des offres ou pollicitations, l'offre étant définie comme la « *manifestation de volonté (…) par laquelle une personne propose à une ou plusieurs autres (déterminées ou indéterminées) la conclusion d'un* **contrat** *à certaines conditions* » (1).
On peut qualifier ces offres de contrats à exécution successive et de concession de droit d'usage. Elles sont fournies **à titre d'information** gratuitement par Creative Commons et n'impliquent **aucun transfert des droits** de propriété intellectuelle (2). Elles ne peuvent donc pas être qualifiées de vente ou de cession.
La qualification de prêt à usage ou de commodat adresse les biens qui doivent être restitués, ce qui n'a guère de sens dans le cas de biens immatériels.
Le louage de chose incorporelle ou licence (location d'un meuble incorporel en droit de la propriété intellectuelle) est défini à l'article 1709 du Code Civil comme «*un contrat par lequel l'une des parties s'oblige à faire jouir l'autre d'une chose pendant un certain temps, et moyennant un certain prix que celle-ci s'oblige de lui payer* ». Le prix à payer n'entraîne ici aucune rémunération, mais les obligations qui pèsent sur l'Acceptant laissent à penser que la personne qui offre une œuvre sous de telles conditions en retire des avantages.
Le respect de la destination et l'usage de la chose louée en bon père de famille fait partie des règles communes aux baux des maisons et des biens ruraux.
La qualification de licence, sous-catégorie de contrats, est traditionnellement réservée à la propriété industrielle (licence de brevet ou de marque) et aux logiciels, et n'est pas employée en propriété littéraire et artistique. Cependant, ce terme est communément utilisé pour nommer les Creative Commons *licenses*, sous l'influence du terme américain et du concept de "licences libres" : licence GNU GPL, Licence Art Libre...
La nouveauté de ce type d'offre peut enfin amener à la qualification de contrat innommé.

Quelle est la validité des licences Creative Commons au regard du formalisme français des contrats de droit d'auteur ?

Le formalisme des contrats de cession de droits de propriété littéraire et artistique (CPI L. 131-3) peut s'appliquer aux licences ou autorisations d'utilisation (3). Celles-ci doivent décrire de manière précise le domaine d'exploitation, soit l'étendue, la destination, le lieu et la durée des droits concédés.
L'article 3 des licences Creative Commons énumère l'**étendue** des droits proposés : « *la reproduction de l'œuvre seule ou incorporée dans une œuvre dite collective, comme une publication périodique, une anthologie ou une encyclopédie* », au sens de l'article L. 121.8 du CPI, voire modifiée en vue de former certaines « *œuvres dites dérivées : traductions, les arrangements musicaux, les adaptations théâtrales, littéraires ou cinématographiques, les enregistrements sonores, les reproductions par un art ou un procédé quelconque, les résumés, la distribution d'exemplaires ou d'enregistrements* » desdites œuvres, au sens du CPI, article L. 122-4, seconde phrase.

La **durée** (toute la durée légale de protection de l'Œuvre, telle qu'elle est définie aux articles L. 123, L. 132-19, L. 211-4…) et l'étendue (le monde entier) sont également identifiées.

Quant à la **destination**, elle est clairement repérable dans l'intention de l'auteur de contribuer à un fonds commun en autorisant certaines utilisations gratuites de son œuvre.
La cession des droits de reproduction et de représentation à titre gratuit est permise à l'article L. 122-7 du CPI.
On précisera que les sous-licences sont explicitement interdites dans les documents Creative Commons, être titulaire d'un droit d'usage ne confère pas au bénéficiaire d'une licence Creative Commons le droit de céder ces droits. Le bénéficiaire ne pourra distribuer l'oeuvre ou la communiquer au public que sous les mêmes conditions sous lesquelles il l'a reçue.
Le terme « bénéficiaire » et non pas le terme « licencié » a été retenu pour désigner dans la traduction française la personne qui accepte l'offre. Ce choix marque une volonté de confirmer cette interdiction et peut ainsi favoriser ainsi le consentement éclairé de l'acceptant.

L'article 3 de la version originale prévoit que « *Les droits mentionnés ci-dessus peuvent être exercés sur tous les supports, médias, procédés techniques et formats, qu'ils soient connus aujourd'hui ou mis au point dans le futur.* »
L'article L. 131-6 accepte « *la clause d'une cession qui tend à conférer le droit d'exploiter l'oeuvre* **sous une forme non prévisible** *ou non prévue à la date du contrat.* ». Elle « *doit être expresse* », ce qui est le cas dans la version originale des licences. Mais étant donné qu'elle doit également « stipuler une participation corrélative aux profits d'exploitation », la phrase a été écartée de la version française, à l'instar de la solution retenue par les traducteurs allemands conformément à l'article 31.4 de la loi allemande sur le droit d'auteur de 1965, plus stricte, qui interdit l'exploitation sous une forme non prévisible.

Si les cessions peuvent être consenties à titre gratuit, l'article L131-3 du CPI prévoit que les **adaptations audiovisuelles** doivent prévoir une rémunération.
Cependant, la jurisprudence (4) a admis la validité d'une cession des droits d'adaptation audiovisuelle même si aucune rémunération n'était stipulée, la contrepartie étant fournie par la publicité faite à l'ouvrage, œuvre préexistante. L'intention de l'auteur d'obtenir une diffusion et une distribution de son oeuvre sous Creative Commons plus large peut être interprétée comme le souhait d'une plus grande notoriété grâce aux copies et aux diffusions qu'effectueront les Acceptants, sans exiger une exploitation conforme aux règles spécifiques d'un contrat d'édition, ni être lié par un contrat d'exclusivité avec un producteur.

L'autorisation d'adaptation audiovisuelle ne doit-elle pas figurer dans un contrat écrit distinct de celui qui autorise les autres actes ?
D'après l'article L113-4, « *l'œuvre composite est la propriété de l'auteur qui l'a réalisée, sous réserve des droits de l'auteur de l'œuvre préexistante* ».
L'article L131-4 alinéa 3 stipule que « *les cessions portant sur les droits d'adaptation audiovisuelle doivent faire l'objet d'un contrat écrit sur un document distinct du contrat relatif à l'édition proprement dite de l'œuvre imprimée* ». On peut se demander si le choix de l'option qui autorise les modifications ne contraindrait pas à recourir à deux contrats Creative Commons séparées, de manière à respecter cette disposition qui vise à protéger l'auteur en lui faisant prendre conscience du fait qu'il s'agit de deux actes de cession bien différents.
La réponse est non car les licences Creative Commons ne sont pas assimilables à des contrats d'édition au sens de l'article L132-1 du CPI : elles ne prévoient pas d'obligation pour le

bénéficiaire correspondant à la charge pour l'éditeur d'assurer la publication et la diffusion des exemplaires dont la fabrication est autorisée.

Quelle est la validité des offres Creative Commons vis-à-vis du droit général des obligations ?

L'absence de signature n'est pas le signe d'une absence de consentement ou d'information sur l'objet et la nature de l'engagement contractuel. Il est en effet obligatoire d'accompagner toute reproduction ou communication de l'œuvre d'une copie ou d'un lien vers le texte Creative Commons qui la gouverne. Il est précisé dans l'objet du contrat que l'exercice sur l'œuvre de tout droit proposé dans ladite offre vaut acceptation tacite de celle-ci, à l'image des licences d'utilisation de logiciels qui prennent effet à l'ouverture de l'emballage du disque d'installation. On peut inférer de l'article 1985 du Code Civil relatif au mandat que le commencement de l'exécution du contrat proposé par le destinataire de l'offre « révèle » son acceptation (5).

La personne qui propose de contracter, l'auteur au sens de l'article 113 du CPI, garantit dans l'article 5a qu'elle a bien obtenu tous les droits nécessaires sur l'œuvre pour être en mesure d'autoriser l'exercice des droits conférés par l'offre. Elle s'engage à ne pas transmettre une œuvre constitutive de contrefaçon ou d'atteinte à tout autre droit de tiers (autres titulaires de droits ou sociétés de gestion collective qui auraient pu être mandatées, ou tout autre tiers), et à permettre une jouissance paisible à ceux qui en accepteront les termes.

Cependant, la version originale 2.0 des textes Creative Commons (notre travail de traduction et d'adaptation portait jusqu'en mai 2004 sur la version originale 1.0) prévoit que cette clause de garantie deviendra optionnelle. Une telle exclusion de garantie pourrait être jugée sans valeur en cas de dommage. La responsabilité délictuelle étant d'ordre public, elle aura vocation à s'appliquer par défaut, même sans mention explicite : la responsabilité de l'offrant est alors définie par la législation applicable.

Enfin, proposer des textes en langue française n'est pas seulement plus commode pour les utilisateurs français, mais répond également à l'impératif d'utiliser la langue française dans le cadre de relations avec des salariés ou des consommateurs (6) dans un contexte professionnel privé ou public.

Les contrats Creative Commons sont-ils compatibles avec le droit moral, norme impérative ?

<u>Droit à la paternité</u>

N'est-il pas obligatoire de choisir l'option Paternité ? (On notera que l'option Paternité devient obligatoire à partir de la version 2.0.)

On pourrait en effet penser que l'option *Non Attribution*, qui n'imposait pas d'indiquer la paternité de l'œuvre, ne pouvait pas être choisie en droit français car le droit à la paternité, prérogative de droit moral, est inaliénable. La même question est soulevée par l'article 4.a qui permet à l'Offrant de demander à l'Acceptant de retirer de l'Œuvre dite Collective ou Dérivée

toute référence au dit Offrant.
Effectivement, un contrat qui imposerait à l'auteur de renoncer définitivement à son droit au nom, en échange d'une contrepartie financière ou non, serait nul. La jurisprudence relative aux contrats dits de « nègre » où l'auteur réel écrit un ouvrage pour autrui, et s'engage à renoncer à être identifié comme auteur auprès du public, est stable : l'auteur réel pourra toujours se faire reconnaître comme auteur (7).
Les documents Creative Commons n'imposent pas une renonciation définitive, mais permettent une renonciation provisoire et une clarification (8). L'auteur pourra toujours faire reconnaître sa paternité.
En revanche, ce droit à l'anonymat ne doit pas donner lieu à de fausses attributions de paternité, notamment dans le cas où l'utilisateur-auteur indiquerait un autre nom que le sien, ou s'approprierait indûment la paternité d'une œuvre. Le principe général étant la présomption de titularité au bénéfice de celui sous le nom duquel est divulguée l'œuvre, le système Creative Commons ne permet pas plus que le cas général d'authentifier la paternité des œuvres. La paternité indiquée dans une offre Creative Commons reste soumise à la bonne foi des utilisateurs.

Droit au respect

Autoriser à l'avance les modifications n'équivaut pas à aliéner le droit au respect. Le droit d'adaptation, traditionnellement cédé à l'avance, n'implique pas d'autoriser les modifications qui porteraient atteinte à l'intégrité de l'œuvre ou à l'honneur et la réputation de son auteur. L'auteur qui aurait mis à disposition son œuvre sous une offre Creative Commons autorisant les modifications et la création d'œuvres dites dérivées, se réserve toujours la possibilité d'un recours fondé sur droit au respect, en cas d'utilisation ou de dénaturation de son œuvre telle qu'elles lui porteraient préjudice.

Droit de retrait

Le droit de retrait, lui aussi d'ordre public, pourra toujours être exercé, même si le parcours de l'œuvre rend son application encore plus difficile sur les réseaux. Celui qui propose l'offre de mise à disposition se réserve à tout moment le droit de proposer l'œuvre à des conditions différentes ou d'en cesser la diffusion (article 7.b), dans le respect des offres précédemment consenties. L'auteur qui met fin au contrat Creative Commons devra respecter la bonne foi (9) des personnes qui auront dans l'intervalle appliqué le contrat qu'il proposait.

Droit de divulgation

Le titulaire des droits sur l'œuvre conserve le contrôle du moment et des conditions de sa divulgation et de sa communication au public, non pour s'assurer de la réservation des droits exclusifs, mais pour rendre l'œuvre libre de certains droits.
Certains pourraient se demander si la condition de Partage à l'Identique des Conditions Initiales ou ShareAlike ne constitue pas une atteinte au droit de divulgation de la personne qui, ayant accepté une œuvre sous de telles conditions contractuelles, la modifie en apportant une contribution originale, et acquiert elle-même le statut d'auteur de la nouvelle œuvre dite dérivée.
Le nouvel auteur conserve ses prérogatives et décide du moment de la divulgation de la nouvelle œuvre. Il ne lui est pas interdit de la divulguer sous des conditions différentes, mais c'est à la condition d'obtenir une autorisation écrite de la part de l'auteur de l'œuvre préexistante, comme dans le système juridique classique, hors Creative Commons.

Le contrôle de l'utilisation après divulgation en vertu des options Partage des Conditions Initiales à l'Identique (*Share Alike*) et Pas d'Utilisation Commerciale (*Non Commercial*) n'est-il pas incompatible avec le principe d'**épuisement des droits** ?

L'épuisement du droit de distribution prévu en droit communautaire établit qu'une fois l'original de l'œuvre ou sa copie mise en circulation sur le territoire communautaire avec le consentement du titulaire de ce droit, par exemple après la première vente, il ne peut plus exercer ledit droit. Le titulaire ne peut donc exercer ce droit de propriété intellectuelle qu'une seule fois, il ne peut pas l'exercer à nouveau dans un autre Etat-membre. L'épuisement ne concerne que la distribution physique d'exemplaires matériels, de supports, à l'exclusion des services en ligne et des copies licites en découlant (Directive 2001/29/CE sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, article 4.2 et considérant 29). Le titulaire conserve ses autres droits patrimoniaux.
L'article 2 des contrats Creative Commons stipule bien qu'ils s'appliquent sans préjudice du droit applicable, et ne visent donc en aucun cas à restreindre ce type de prérogatives. On peut toutefois se demander si le fait de restreindre les conditions d'utilisation après la première mise à disposition respecte l'épuisement.
Tout d'abord, les options Partage des Conditions Initiales à l'Identique (*Share Alike*) et Pas d'Utilisation Commerciale (*Non Commercial*) ne conduisent pas à interdire formellement toute modification qui ne serait pas proposée aux mêmes conditions ou toute utilisation commerciale, ce qui reviendrait à imposer des conditions de distribution. Elles se contentent simplement de réserver les droits non proposés, qui continuent à requérir l'autorisation du titulaire des droits, à l'instar du droit d'auteur classique.
Enfin, on peut rappeler que la notion d'épuisement est utilisée en droit communautaire à des fins de régulation économique. Elle est utile dans les situations où un ayant-droit abuse de son monopole pour affecter le commerce et la concurrence en interdisant la commercialisation ou en imposant des restrictions quantitatives à l'importation ou des mesures d'effet équivalent. Les objectifs du Traité de Rome sont de lutter contre le cloisonnement du marché intérieur et les abus de position dominante. Sont visées d'un côté les entraves à la libre circulation des marchandises constitutives d'obstacles à la commercialisation sur le territoire national de produits régulièrement mis en circulation sur le territoire d'un autre Etat membre, et de l'autre la faculté de contrôler les actes ultérieurs de commercialisation et d'interdire les réimportations. Certaines restrictions ont d'ailleurs été admises par la Cour de Justice des Communautés Européennes ; ainsi, l'arrêt Cinéthèque (10) valide comme conforme au droit communautaire la loi française sur la chronologie des médias (11) qui impose un délai entre l'exploitation des films en salle et la vente ou la location de supports.

Quelle sera la loi applicable en cas de conflit ?

Il n’y a pas de clause déterminant la loi applicable et la juridiction compétente dans les contrats Creative Commons. Les règles de droit international privé prévalent, et, pour choisir la loi applicable, le juge saisi déterminera le lieu d’exécution de la prestation caractéristique du contrat, ou le lieu du dommage ou du dépôt de la plainte.
Les contrats Creative Commons prévoient à l’article 8c que si un article s’avère invalide ou inapplicable au regard de la loi en vigueur, cela n’entraîne pas l’inapplicabilité ou la nullité des autres dispositions, l’article en question devant être interprété de manière à le rendre valide et applicable.
Les clauses abusives sont réputées non écrites si le contrat conduit à établir des rapports déséquilibrés entre les droits et obligations entre un professionnel et un consommateur (12). Un raisonnement a fortiori permet de déduire que les offres Creative Commons satisfont ces exigences, ainsi que les exigences de prudence et d’information.
Un auteur peut se retourner contre la personne qui utilise son œuvre sans respecter les conditions qui lui sont attachées. L’auteur qui estimerait qu’il y a eu atteinte à ses prérogatives patrimoniales pourrait toujours demander au juge une révision du contrat.
Le bénéficiaire du contrat pourrait également se retourner contre le donneur de contrat qui a transmis une œuvre contrefaisante.

Notes

1. Dir. Gérard Cornu, Vocabulaire Juridique Association Henri Capitant, PUF Quadrige 4ème éd. 2003.

2. Voir Christophe Caron, Les licences de logiciels dites « libres » à l’épreuve du droit d’auteur français, Dalloz 2003, n° 23, p. 1556 et Melanie Clément-Fontaine, La licence GPL, mémoire de DEA, Université de Montpellier, 1999. http://crao.net/gpl/
Contra en faveur de la qualification de cession, Cyril Rojinsky et Vincent Grynbaum, Les licences libres et le droit français, Propriétés Intellectuelles, juillet 2002/4, p. 28.

3. Cass.1ère civ. 23/01/2001, Communication Commerce Electronique avril 2001 & A. et H.-J. Lucas, Traité de la Propriété Littéraire et Artistique, Litec, 2ème éd. 2001, n° 482.

4. CA Paris, 1re ch. B, 21-09-1990 : Jurisdata n. 023403, in Lucas, Traité de la Propriété Littéraire et Artistique, note 280.

5. Dir. Michel Vivant, Lamy Droit de l’Informatique et des réseaux, par. 875.

6. Loi n° 94-665 du 4 août 1994 relative à l'emploi de la langue française dite loi Toubon.

7. Cour de cassation, Civ.1, 4 avril 1991, affaire Béart, Revue Internationale du Droit d'Auteur, octobre 1991, p. 125 (cassation de l’arrêt d’appel ayant admis que l’auteur de thèmes musicaux renonce, par contrat, à être identifié comme tel auprès du public).

8. Hubert Guillaud, http://lists.ibiblio.org/pipermail/cc-fr/2004-January/000039.html

9. Comportement loyal que requiert notamment l'exécution d'une obligation (Vocabulaire Capitant, op cit)

10. Arrêt de la CJCE du 11 juillet 1985, Cinéthèque SA et autres contre Fédération nationale des cinémas français, Aff. jointes 60/84 et 61/84, Rec. 1985 p. 2605.

11. Loi n°82-652 du 29/07/1982 sur la communication audiovisuelle, JORF du 20/07/1982, p. 2431, article 89.

12. L132-1 Code de la Consommation